

BRIEFING-PAPIER ZUM *ZERO DRAFT*

Januar 2019



Am 26. Juni 2014 hat der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (UN) die Einsetzung einer Arbeitsgruppe (*Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, OEIGWG*) beschlossen, die ein rechtsverbindliches Instrument erarbeiten soll, um die Aktivitäten von transnationalen Unternehmen und anderen Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung von Menschenrechtsstandards zu regulieren („Treaty-Prozess“). Seither haben vier Tagungen der Arbeitsgruppe stattgefunden. Im Juli 2018 wurde von dem ecuadorianischen Vorsitz ein erster Abkommensentwurf (*Zero Draft*) vorgelegt, der bei der vierten Tagung der UN-Arbeitsgruppe im Oktober 2018 diskutiert wurde. Bis Ende Februar 2019 kann dieser Entwurf von den Staaten kommentiert werden.

Das vorliegende Briefing-Papier diskutiert in politischen Diskussionen vorgebrachte Gegenargumente zum gesamten Prozess oder zu Inhalten des *Zero Draft* und formuliert Lösungsvorschläge.

1. Argument zur Bedeutung einer internationalen Regelung im Allgemeinen:

„Die meisten Menschenrechtsverstöße resultieren nicht aus dem Fehlen internationaler Regeln und Verpflichtungen, sondern aus dem Versagen, auf nationaler Ebene die bestehenden umzusetzen.“

Es stimmt, dass die meisten Menschenrechtsverletzungen daraus resultieren, dass viele Staaten nicht willens oder in der Lage sind, die Menschenrechte angemessen zu schützen. Die Ursachen dafür sind vielfältig und unterschiedlich. Gerade aufgrund dieser Schutzlücken ist es wichtig, dass in diesen Ländern tätige, bzw. über ihre Geschäftsbeziehungen und Lieferketten mit diesen Ländern verbundene Unternehmen Verantwortung für die Achtung der Menschenrechte übernehmen, menschenrechtliche Risiken zu untersuchen und vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen. Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UNGPs) empfehlen dies in besonderer Weise für Unternehmensaktivitäten in von Konflikten betroffenen Gebieten.

Problematisch ist jedoch die lückenhafte Verbindung der 1. und der 2. Säule in den UNGPs: Staaten werden im Rahmen ihrer Schutzpflicht nicht konsequent genug verpflichtet, den Unternehmen die Umsetzung ihrer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht aufzuerlegen.¹

Diese Lücke sollte durch ein künftiges UN-Abkommen für Wirtschaft und Menschenrechte konzeptionell geschlossen werden. Der *Zero Draft* sieht vor, dass Staaten völkerrechtlich verpflichtet werden, Unternehmen verbindlich zur menschenrechtlichen Sorgfalt zu verpflichten (siehe *Zero Draft* Art. 9 und Art. 10). Das Abkommen sollte die Verantwortung von Unternehmen für Tochterunternehmen und globale Lieferketten regeln und grenzüberschreitende Verfahren erleichtern (siehe *Zero Draft* Art. 5). Es bedarf auch zusätzlicher Maßnahmen, um die prozessualen Rechte Betroffener zu stärken (siehe *Zero Draft*, Art. 8 und Art. 11).²

Einige Staaten schrecken davor zurück, im Alleingang verbindliche Standards im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte einzuführen, da sie für ihre Unternehmen dadurch Wettbewerbsnachteile fürchten. Gleiche internationale Standards würden hingegen ein Level-Playing-Field für Unternehmen schaffen.

2. Argument zum Anwendungsbereich (in Bezug auf Art. 3.1 i.V.m. Art. 4.2 Zero Draft):

„Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des vorgesehenen Abkommens auf transnationale Wirtschaftsaktivitäten würde zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Stattdessen muss das Abkommen für alle Unternehmen gelten.“

Die Frage des Anwendungsbereichs eines zukünftigen Abkommens zu Wirtschaft und Menschenrechten ist umstritten. Während Völkerrechtsexperten wie Prof. Olivier De Schutter das Anknüpfen an den „transnationalen Charakter“ der Wirtschaftsaktivität begrüßen,³ machen Vertreter*innen der EU und der Bundesregierung geltend, dass es zu Wettbewerbsverzerrungen komme, wenn rein nationale Unternehmen vom Anwendungsbereich ausgenommen würden.

Dem ist insofern zuzustimmen, dass der Fokus auf transnationale Wirtschaftsaktivitäten nicht zur Schlechterstellung von Personen führen darf, die von Menschenrechtsverletzungen oder Umweltschädigungen durch rein nationale Unternehmen betroffen sind.

Allerdings fasst der Entwurf den „transnationalen Charakter“ sehr weit: Laut Art. 4.2 zählen dazu alle for-profit Wirtschaftsaktivitäten, die Handlungen (auch

elektronischer Natur) oder Auswirkungen in zwei oder mehr Rechtsordnungen mit sich bringen. Da heutzutage kaum ein Unternehmen ohne Transnationalität in den Geschäftsbeziehungen agiert, dürfte der grenzüberschreitende Bezug in den allermeisten Fällen gegeben sein.

Die transnationale Verflechtung der Wirtschaft bringt besondere Herausforderungen mit sich. Dazu gehört insbesondere die Frage, welches Recht Unternehmen bei Geschäften im Ausland zu berücksichtigen haben. Solche Fragen lassen sich nur durch internationale Vereinbarungen klären. Bei rein nationalen Sachverhalten sind solche Vereinbarungen nicht notwendig. Unternehmen mit weit verzweigten Lieferbeziehungen müssen auch andere Sorgfaltsmaßstäbe berücksichtigen, als ein Unternehmen, das lediglich vor Ort im überschaubaren Rahmen tätig ist.

Insofern ist es angemessen, dass ein internationales Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten seinen Fokus auf transnationale Wirtschaftsaktivitäten legt. Dieser Fokus ist auch aus anderen transnationalen Wirtschaftsordnungen wie dem EU-Recht bekannt, wo für die Geltung der Grundfreiheiten ein grenzüberschreitender Bezug gegeben sein muss.

Trotzdem sollte ein Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten die menschenrechtliche Verantwortung von Unternehmen allgemeinverbindlich regeln und keine Ausnahmen für bestimmte Unternehmen zulassen.

Zu diesem Zweck sollten sich die Bundesregierung und die EU bei der Überarbeitung des *Zero Draft* für die Aufnahme einer Auffangklausel aussprechen, welche die Staaten verpflichtet, die einzuführenden Unternehmenspflichten und Prozessrechte soweit übertragbar auch auf nationale Sachverhalte zu erstrecken.⁴

Darüber hinaus sollte die Empfehlung von Prof. Olivier De Schutter aufgegriffen werden, die Definition des „transnationalen Charakters“ insofern zu präzisieren, dass auch staatseigene Unternehmen umfasst sind.⁵

3. Argument zur Berücksichtigung der UN-Leitprinzipien (in Bezug auf Art. 9 Zero Draft):

„Der Zero Draft berücksichtigt die UNGPs nicht. Der Verhandlungsprozess untergräbt den erzeugten Konsens der UNGPs und effektive kurzfristige Maßnahmen (u.a. NAPs) zur Anhebung von Menschenrechtsstandards für die Wirtschaft.“

¹ Olivier De Schutter et al. (2012): Human Rights Due Diligence: The Role of States. ECCJ/ ICAR (<http://corporatejustice.org/hrdd-role-of-states-3-dec-2012.pdf>).

² Siehe Treaty Alliance Deutschland (2017): Für eine menschenrechtliche Regulierung der globalen Wirtschaft. Positionspapier zum UN-Treaty-Prozess zu transnationalen Konzernen und anderen Unternehmen (http://www.cora-netz.de/wp-content/uploads/2018/03/2017-12_TreatyAlliance-D_Positionspapier.pdf). ³ Olivier De Schutter (2018): The "Zero Draft" for a legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises: A Comment, S. 2 (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/DeSchutter_Panel3-4.pdf). ⁴ Treaty Alliance Deutschland (2018): Stellungnahme zum Entwurf für ein verbindliches UN-Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten. Berlin (https://www.cora-netz.de/wp-content/uploads/2018/10/2018-09_Treaty-Alliance-Dtl_Stellungnahme-Zero-Draft_web.pdf). ⁵ De Schutter (2018), S.3.

Mit den UNGPs liegt ein global akzeptierter Referenzrahmen vor, der Orientierung im Themenfeld Wirtschaft und Menschenrechte bietet. Wir unterstützen daher das Anliegen, dass ein zukünftiges verbindliches Abkommen formell wie substantiell an diesen internationalen Konsens anknüpft. Der durch die ecuadorianische Verhandlungsleitung vorgelegte *Zero Draft* tut dies, indem er deutlich auf der Sprache der UNGPs und dem Konzept der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten aufbaut und in seiner Präambel die primäre Verantwortlichkeit der Staaten zum Schutz der Menschenrechte hervorhebt.

Der Entwurf sieht vor, dass die Vertragsstaaten Unternehmen gesetzlich zur menschenrechtlichen Sorgfalt verpflichten. Er schafft damit Klarheit und Verbindlichkeit hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen und stärkt so die Verbindung zwischen 1 Säule (Staatenpflichten) und 2 Säule (den unternehmerischen Pflichten) der UN-Leitprinzipien. Auch Säule 3 der UN-Leitprinzipien, der Zugang zu Recht von Betroffenen, wird – durch internationale Zusammenarbeit und den Abbau von Hürden im Zugang zu Recht – gestärkt. Der *Zero Draft* entwickelt damit die bislang durch ihren Status als Soft Law begrenzt wirksamen UN-Leitprinzipien entscheidend weiter und adressiert bestehende menschenrechtliche Schutzlücken. So betont auch das Europäische Netzwerk der nationalen Menschenrechtsinstitute in seiner den Prozess unterstützenden Stellungnahme zum *Zero Draft*, dass ein Abkommen, das auf den drei Säulen der UNGPs fußt, als komplementär zu den Leitprinzipien verstanden werden kann.⁶

In der künftigen Überarbeitung des *Zero Draft* sollte auf die inhaltliche und sprachliche Konsistenz mit den UNGPs weiter geachtet werden. So sollte etwa im beschriebenen Konzept der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten, beschrieben in Artikel 9, die Etablierung unternehmensinterner Beschwerdemechanismen, wie sie von den UNGPs vorgegeben werden, ergänzt werden.

Keinesfalls hat der Treaty-Prozess international zu weniger Engagement geführt, sondern hat vielmehr den Handlungsdruck auf Staaten, wirksame Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte zu ergreifen, erhöht. Insgesamt ist davon auszugehen, dass ein UN-Treaty durch seine völkerrechtliche Verbindlichkeit und die damit verbundenen Durchsetzungsinstrumente eine stärkere Hebelwirkung als die UN-Leitprinzipien entfalten und mehr Staaten als bisher zum Handeln bewegen wird.

4. Argument zur Haftbarkeit (in Bezug auf Art. 10 *Zero Draft*):

„Ein UN-Abkommen würde Unternehmen einem unberechenbaren Haftungsrisiko aussetzen.“

Der *Zero Draft* sieht eine nationale Verankerung von verbindlichen Sorgfaltspflichten vor und definiert Elemente einer zivilrechtlichen Haftung und strafrechtliche Instrumente in Artikel 10. Die zivilrechtliche Haftung soll gemäß Art. 9 i.V.m. Art. 10 begrenzt werden und ein mittelbar beteiligtes Unternehmen nur dann treffen, wenn es Kontrolle über oder eine enge Beziehung zu dem Tochterunternehmen oder Zulieferer hatte oder den Schaden zumindest hätte vorhersehen müssen.

Diese Klarstellung ist zu begrüßen, sollte aber in den weiteren Verhandlungsrunden präzisiert werden. Dabei muss in der Frage der Zurechnung differenziert werden. Eine Haftung kann es nur für Schäden geben, die für das Unternehmen erkennbar und mit zumutbaren Sorgfaltsmaßnahmen vermeidbar gewesen wären (vgl. Art. 10 Abs. 6 lit. a.-c.). Im Schadensfall kann sich das Unternehmen durch die umgesetzten Sorgfaltsmaßnahmen entlasten. Das Ausmaß der zu erwarteten Sorgfalt hängt von der jeweiligen Gefährdungslage ab.

Das Unternehmen ist also nicht für jede Rechtsverletzung in der Lieferkette verantwortlich, sondern muss wesentliche Risiken erfassen und diesen entgegenwirken. In den meisten Ländern kann sich das Unternehmen nicht allein auf die Angaben der lokalen Behörden verlassen, sondern muss sich ein eigenes Bild von der Lage machen und Beschwerden der betroffenen Bevölkerung nachgehen. Dabei geht es um einen Prozess. Wenn irgendwo in der Lieferkette eine Menschenrechtsverletzung entdeckt wird, heißt das keineswegs, dass ein Unternehmen dafür gleich Sanktionen oder Klagen zu befürchten hat. In solchen Fällen kommt es darauf an, dass ein Unternehmen Menschenrechtsverstöße nicht einfach hinnimmt und ignoriert, sondern zumutbare und angemessene Maßnahmen ergreift, um solche Verstöße zu verhindern.

Innerhalb Europas gibt es Staaten, die Unternehmen bereits zu einer menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfung verpflichten und eine Haftbarkeit einführen, wie beispielsweise das französische Sorgfaltspflichtengesetz. Es gilt diese Haftungsregelungen rechtssicher zu gestalten und einen internationalen Mindeststandard zu definieren.

In Bezug auf die strafrechtliche Haftung von

⁶ ENNHRI (2018): ENNHRI Statement on Occasion of the 4th session of the Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (IGWG) (http://www.ennhri.org/IMG/pdf/ennhri_statement_on_zero_draft.pdf).

Unternehmen ist der Entwurf zurückhaltend. Der Entwurf schreibt kein Unternehmensstrafrecht vor, sondern ermöglicht den Vertragsstaaten auch alternative Sanktionen (Artikel 10.12).

Öffentlich-rechtliche Sanktionen fehlen hingegen im Entwurf gänzlich. Wirksame administrative Sanktionen sind z. B. der Ausschluss von der öffentlichen Beschaffung, staatlichen Subventionen oder der Vergabe von Exportkrediten und öffentlichen Garantien für Investitionen oder Exportkredite.

5. Argument zum Verhältnis von Menschenrechten und Handels- und Investitionsschutzabkommen (in Bezug auf Art. 13 Zero Draft):

„Eine Vorrangstellung menschenrechtlicher Pflichten vor den Verpflichtungen aus Handels- und Investitionsschutzabkommen ist nicht möglich.“

Die Sonderstellung von Menschenrechten im Völkerrecht wird bereits in Artikel 103 der UN-Charta betont. Auf dieser Grundlage stellt der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Allgemeinen Kommentar Nr. 24 fest, dass Staaten im Rahmen von Handels- und Investitionsabkommen von ihren menschenrechtlichen Verpflichtungen nicht abweichen dürfen. Auch gemäß Prinzip 9 der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte sollen Staaten im Rahmen von Handels- und Investitionsabkommen ausreichende Politikspielräume zur Erfüllung menschenrechtlicher Verpflichtungen erhalten.

Erschwert wird dies aber dadurch, dass Handels- und Investitionsschutzabkommen über effektive Durchsetzungsinstrumente verfügen, während die Vertragsorgane von UN-Menschenrechtsabkommen lediglich Empfehlungen aussprechen können: Im Konfliktfall bleibt eine Abweichung von menschenrechtlichen Verpflichtungen für einen Staat in der Regel folgenlos, während bei Verstößen gegen Handels- und Investitionsrecht Sanktionen bis hin zu Schadensersatzzahlungen drohen. Hinzu kommt, dass Investitionsschiedsgerichte sich bislang geweigert haben, menschenrechtliche Erwägungen in ihren Schiedssprüchen zu berücksichtigen. Investitionsschutzstandards, Bestimmungen zu geistigen Eigentumsrechten zu Saatgut

und Medikamenten und Zollsenkungsverpflichtungen im Agrarsektor haben die Umsetzung von Menschenrechtsverpflichtungen aus diesem Grunde häufig behindert.

Eine Vorrangklausel für Menschenrechte in einem künftigen UN-Abkommen für Wirtschaft und Menschenrechte würde dazu beitragen, diese faktische Schieflage im Völkerrecht zu korrigieren. Einem Formulierungsvorschlag von Prof. Markus Krajewski entsprechend würden sich die Vertragsstaaten verpflichten, menschenrechtliche Risiken vor dem Abschluss von Handelsabkommen zu untersuchen und vor Vertragsabschluss soweit wie möglich auszuschließen. Bei der Umsetzung müssten sie Handelsabkommen so auslegen, dass es nicht zu Einschränkungen der Menschenrechte kommt. Ebenso müssten die Menschenrechte in den Schiedssprüchen von Streitschlichtungsmechanismen berücksichtigt und geschützt werden.⁷

Eine solche Vorrangklausel wäre mit dem EU-Vertrag von Lissabon vollkommen vereinbar. Artikel 3 und 21 dieses Vertrags verpflichten die EU bereits jetzt, die Menschenrechte in ihren auswärtigen Wirtschaftsbeziehungen zu achten und zu fördern.⁸ Um ein Level-Playing-Field zu schaffen, sollten sich die Bundesregierung und die EU dafür einsetzen, dass der Vorrang von menschenrechtlichen Verpflichtungen in einem künftigen Abkommen zu Wirtschaft und Menschenrechten verankert wird. Während dies in den *Draft Elements* empfohlen wurde, fallen die diesbezüglichen Formulierungen im *Zero Draft* hinter Prinzip 9 der UN-Leitprinzipien und den EU-Verpflichtungen aus dem Lissabon-Vertrag zurück und würden somit die EU faktisch benachteiligen.

KONTAKT

- Armin Paasch, MISEREOR
- Karolin Seitz, Global Policy Forum
- Maren Leifker, Brot für die Welt
- Eva-Maria Reinwald, SÜDWIND e.V.
- Julia Otten, Germanwatch e.V.

IMPRESSUM

Global Policy Forum Europe e.V.
Königstr. 37 a
53115 Bonn
Tel. +49-228-96 50 510
europe@globalpolicy.org

⁷Markus Krajewski (2017): Ensuring the primacy of human rights in trade and investment policies: Model clauses for UN Treaty on transnational corporations, other businesses and human rights: CIDSE, MISEREOR u.a. (<https://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/ensuring-the-primacy-of-human-rights-in-trade-and-investment-policies.html>).

⁸Vgl. Lorand Bartels (2014): Eine menschenrechtliche Modellklausel für die völkerrechtlichen Abkommen der Europäischen Union. Berlin/Aachen: Deutsches Institut für Menschenrechte/MISEREOR (https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Studie_Menschenrechtliche_Modellklausel.pdf).